

Aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
de heer dr. R.H.A. Plasterk
Postbus 20011
2500 EA DEN HAAG

Den Haag, 1 september 2015

Dossiernummer: 3.1.2/3

telefoonnummer: 070 – 335 35 77

E-mail: r.huges@advocatenorde.nl

Bijlage: advies adviescommissies strafrecht en adviescommissie rechtsstatelijkheid

Betreft: consultatie wetsvoorstel Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten

Zeer geachte heer Plasterk,

Op 2 juli 2015 is het wetsvoorstel Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (WIV) in consultatie gegeven. Het wetsvoorstel WIV strekt ter vervanging van de huidige Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 ("WIV 2002"). Met het wetsvoorstel WIV wordt beoogd een wettelijk kader voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in brede zin te realiseren dat toekomstbestendig is en in lijn met de vereisten van de Grondwet alsmede het EVRM.

De kern van de reactie van de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) is dat de minister met het wetsvoorstel WIV nog ver afstaat van de realisatie van zijn voornemen te komen tot een wettelijk kader dat in lijn is met grondwettelijke waarborgen en andere belangrijke (rechtsstatelijke) uitgangspunten.

De NOvA spreekt dan ook de wens uit dat deze en vergelijkbare consultatiereacties zullen leiden tot de noodzakelijke bijstellingen van het wetsvoorstel. Het verdere wetgevingsproces zullen we dan ook met grote belangstelling blijven volgen.

Gelet op het ontbreken van wettelijke waarborgen in het wetsvoorstel WIV ingeval bijzondere bevoegdheden door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten jegens advocaten worden uitgeoefend, voelt de Nederlandse orde van advocaten zich genooddaakt op dit onderdeel in het bijzonder in te gaan in zijn reactie.

De algemene raad heeft het wetsvoorstel WIV met het oog daarop voorgelegd aan zijn adviescommissies strafrecht en rechtsstatelijkheid. Graag vraag ik uw aandacht voor bijgaand advies.

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35
Fax 070 - 335 35 31

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

Procedure tot nu toe

Sinds medio 2014 brengt de NOvA onder uw aandacht dat zij met zorg de ontwikkelingen volgt met betrekking tot de omgang van de Nederlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten met vertrouwelijke communicatie tussen rechtszoekenden en hun advocaten. De verzoeken van de NOvA om wettelijke waarborgen - zoals een voorafgaande rechterlijke toetsing - ter bescherming van de vertrouwelijke communicatie tussen advocaten en hun cliënten werden door u afgewezen. U heeft aangegeven daarin geen noodzaak te zien omdat deze waarborgen al voldoende zouden vastliggen in intern beleid.

Tijdens een overleg op 28 mei jl. met uw ambtsgeenoot van Defensie, minister Hennis-Plasschaert, werd de NOvA uitgenodigd de gelegenheid van de consultatie aan te grijpen om onze zorgen over de schending van cliëntvertrouwelijkheid nogmaals onder de aandacht te brengen.

Bij kort geding vonnis van de rechtbank Den Haag van 1 juli 2015¹ is beslist dat dat bestaande interne beleid voor wat betreft de bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en hun cliënten gelet op de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ("EHRM") onvoldoende waarborgen bevat. De voorzieningenrechter geeft de Staat zes maanden de tijd om maatregelen te treffen die voorzien in beleid op grond waarvan de inzet van bijzondere bevoegdheden met het oog op bescherming van het verschoningsrecht van advocaten in de zin van richtlijn 249/77 EEG kan worden getoetst door een onafhankelijk orgaan dat in ieder geval de bevoegdheid heeft om de uitoefening van bijzondere bevoegdheden te voorkomen of te beëindigen. Op 2 juli verscheen vervolgens het consultatievoorstel zonder verwijzing naar bovengenoemd rechterlijk vonnis.

Blijkens uw schriftelijke reactie van 27 juli 2015 op het kort geding vonnis aan de Voorzitter van de Tweede kamer, wenst de Staat te voorzien in een vorm van onafhankelijke toetsing bij het tappen van advocaten. Tegelijkertijd heeft de Staat ook spoedappel ingesteld tegen de door de kort geding rechter gegeven aanwijzingen over de inhoud van de inrichting van genoemde onafhankelijke toets, alsmede de termijn van zes maanden waarbinnen voorzien moet worden in een onafhankelijke toets.

Op 1 september jl. heeft u een brief gestuurd aan de Tweede Kamer waarin u aangeeft dat de AIVD opnieuw de vertrouwelijkheid van gesprekken tussen advocaat en cliënt heeft geschonden. Dit onderstreept de noodzaak van introductie van een voorafgaande rechterlijke toets. Daarbij speelt dat schendingen en de afwezigheid van toetsing het wantrouwen van de samenleving bepaald aanwakkert; te meer nu van herhaaldelijke schendingen is gebleken.

Kernbezwaar: ontbreken van wettelijke waarborgen

Een inbreuk op het verschoningsrecht raakt artikel 8 EVRM (recht op privacy) en artikel 6 EVRM (recht op eerlijk proces). Inbreuken op deze rechten zijn slechts gerechtvaardigd wanneer zij bij wet zijn voorzien en in het licht van een specifiek doel noodzakelijk zijn. De Staat maakt door het afluisteren van gesprekken tussen advocaten en hun cliënten inbreuk op het verschoningsrecht van advocaten. Het verschoningsrecht van advocaten is een fundamenteel recht. Op grond van dit fundamentele recht is vertrouwelijke communicatie met zijn advocaat gewaarborgd.

¹ ECLI: NL: RBDHA:2015:7436

De inlichtingen- en veiligheidsdiensten kunnen op twee manieren beschikking krijgen over vertrouwelijke informatie van advocaten:

- (i) direct - door de inzet van bijzondere bevoegdheden jegens advocaten; en
- (ii) indirect - door zogenaamde 'bijvangst' als bijvoorbeeld de cliënt van een advocaat 'target' is van de inzet van bijzondere bevoegdheden.

De basis waarop inlichtingen- en veiligheidsdiensten hun huidige bevoegdheden thans ontlenu (artikel 25 WIV 2002) om communicatie tussen advocaten en hun cliënten af te luisteren, voldoet niet aan de door het EHRM gestelde waarborgen die een inbreuk op het verschoningsrecht rechtvaardigt. Blijkens het wetsvoorstel WIV ondergaat artikel 25 WIV 2002² geen enkele wijziging, noch worden waarborgen elders in het wetsvoorstel WIV beschreven. Hoewel de waarborgen in het consultatievoorstel ontoereikend zijn, worden de in paragraaf 3.2.2 van het wetsvoorstel WIV bepaalde bijzondere bevoegdheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten fors uitgebreid. Ook kabelgebonden telefoon- en dataverkeer (o.a. internetverkeer, chatsessie, mobiel dataverkeer) kan straks op basis van het wetsvoorstel WIV grootschalig worden afgetapt. Voor het tappen van communicatie waarbij advocaten betrokken zijn, wordt in het wetsvoorstel WIV geen wettelijke waarborg getroffen die eventuele inbreuken op het verschoningsrecht zou kunnen rechtvaardigen. Het gemis van wettelijke waarborgen doet zich dan ook alleen nog maar sterker voelen nu de af luisterbevoegdheden enorm worden verruimd.

Noodzaak introductie voorafgaande rechterlijke toets (direct tappen)

Alleen in geval de diensten bijzondere bevoegdheden willen inzetten jegens journalisten, is blijkens artikel 24, vierde lid, wetsvoorstel WIV voorafgaande rechterlijke toestemming noodzakelijk. De aanleiding hiervoor is de uitspraak van 22 november 2012 van het EHRM in de zogenaamde Telegraafzaak³, waarin het EHRM oordeelde dat de inzet van bijzondere bevoegdheden (af luisteren) door de AIVD tegen de journalisten van de Telegraaf een schending oplevert van artikel 8 en artikel 10 (vrijheid van meningsuiting) en de WIV 2002 onvoldoende waarborgen ter bescherming van de bronnen van journalisten bevat.

Een gelijke schending van artikel 8, tweede lid, EVRM is evenwel eveneens geconstateerd in voornoemd kort geding vonnis. Op basis van dit vonnis is door u reeds aangegeven dat voorzien wordt in een onafhankelijke toets. Het ligt dan ook in de rede - nu in het wetsvoorstel WIV een *voorafgaande* last van een onafhankelijke rechter wordt geïntroduceerd voor de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen journalisten - dit ook en te meer voor de inzet van deze bevoegdheden jegens advocaten te laten gelden. De mogelijkheid van inbreuken op het verschoningsrecht van advocaten raakt aan de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en hun cliënten en daarmee aan het recht op een effectieve verdediging en de toegankelijkheid van advocaten. De onomkeerbaarheid van mogelijke inbreuken brengt met zich mee dat toetsing voor een eventuele rechtvaardiging daaraan *vooraf* dient plaats te vinden. Ook uit het rechtsstatelijke beginsel van machtenscheiding volgt dat *voorafgaande* controle op de toepassing van uitzonderingen nodig is, onafhankelijk van het orgaan dat tot die toepassing besluit. Anders bestaan onvoldoende waarborgen tegen misbruik van bevoegdheden en daarmee hoe dan ook een zeker 'chilling effect' op het vertrouwen dat op het beroepsgeheim van advocaten geen onterechte inbreuken worden gemaakt.

² Artikel 32 wetsvoorstel WIV

³ EHRM 22 november 2012, nr. 39315/06, Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V en anderen tegen Nederland

De NOvA verzoekt u dan ook het er toe te leiden dat de bescherming die blijkens het wetsvoorstel WIV toe gaat komen aan journalisten op gelijke wijze voor advocaten te laten gelden en in artikel 24 , vierde lid, wetsvoorstel WIV 'advocaten' toe te voegen. Op die wijze wordt het wetsvoorstel WIV op dat punt in lijn gebracht met de eisen van het EVRM.

Noodzaak uitbreiden systeem Nummerherkenning (indirect tappen)

Rechtvaardiging voor inperking van het verschoningsrecht indien de advocaat niet 'target' is van de inzet van de bijzondere bevoegdheden door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten maar zijn cliënt, (indirect tappen) is moeilijk voorstelbaar. Gelet op de eisen van artikel 8, tweede lid, EVRM, is voor doorbreking van het verschoningsrecht slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden plaats. Blijkens Nederlandse en Europese jurisprudentie is voor een doorbreking van het verschoningsrecht bijvoorbeeld slechts plaats als de verschoningsgerechtigde zelf is aangemerkt als verdachte. Dat is bij indirect tappen niet aan de orde.

Voor zover de inlichtingendiensten een rechtvaardiging zou kunnen vinden voor een inbreuk in geval van indirect tappen, dan geldt dat de hiervoor beschreven voorafgaande rechterlijke toetsing geen waarborg kan zijn voor die rechtvaardiging. Het is immers op voorhand niet duidelijk wanneer de 'target' contact heeft met zijn advocaat. Door het invoeren van een systeem van nummerherkenning kan op betrekkelijk eenvoudige wijze worden voldaan aan de eisen van artikel 8, tweede lid EVRM en wordt voorkomen dat inbreuken op het verschoningsrecht van advocaten onomkeerbaar plaats hebben.

In 2011 is reeds een systeem van nummerherkenning ingevoerd voor het tappen van telefoongesprekken tussen cliënten en hun advocaten door de nationale politie. Dit systeem is tot stand gekomen door een goede en nauwe samenwerking tussen de minister van V&J, de nationale politie, het Openbaar Ministerie en de NOvA. Nummerherkenning zorgt ervoor dat telefoongesprekken tussen cliënten en advocaten niet real-time of naderhand worden afgeluisterd door de nationale politie. Via het systeem van nummerherkenning kunnen advocaten telefoonnummers aanmelden. Deze geheimhoudernummers geeft de NOvA vervolgens door aan de nationale politie. De politie verwerkt de nummers in hun database van alle geheimhoudersnummers. De nummers worden hierna automatisch herkend en kunnen niet real-time of naderhand worden afgeluisterd.

Sinds medio 2013 is ook in samenwerking met de NOvA een systeem van nummerherkenning bij de Dienst Justitiële Inrichtingen ("DJI") ingevoerd. Het systeem van DJI werkt anders dan dat van de nationale politie. Alle gesprekken die een gedetineerde voert vanuit een inrichting van DJI worden opgenomen. Bij gesprekken naar een geheimhoudernummer wordt opname vóór totstandkoming van het gesprek verhinderd; er kan ook niet real-time worden meegeluisterd. Ook aan DJI geeft de NOvA iedere dag alle nummers van advocaten zonder vermelding door, die vervolgens worden verwerkt in het systeem van DJI.

Een vergelijkbaar systeem kan naar verwachting op betrekkelijk eenvoudige en gelijke wijze worden ingevoerd bij de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. De NOvA is graag bereid - gelijk als bij de invoering van de systemen bij de nationale politie en DJI - zich hiervoor in te zetten en daarover met u in overleg te treden.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



W.F. Hendriksen
Algemeen deken Nederlandse orde van advocaten

Cc: minister van Defensie, mevrouw J.A. Hennis-Plasschaert

Bijlage: advies adviescommissies NOvA

Van	: adviescommissie strafrecht
Datum	: 31 augustus 2015
Betreft	: wetsvoorstel Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 20XX (versie juni 2015)

Samenvatting

- Doordat een onafhankelijk controle orgaan dat de mogelijkheid heeft de toepassing van bijzondere bevoegdheden door de AIVD en de MIVD te toetsen en onrechtmatige toepassing te voorkomen c.q. te beëindigen ontbreekt, voldoet het wetsvoorstel niet aan een systeem van checks and balances dat in een rechtsstaat met betrekking tot de verhouding tussen de overheid en de persoonlijke levenssfeer van de burger wordt vereist. De ACS beveelt aan een onafhankelijk orgaan in te stellen dat onafhankelijke en voorafgaande controle kan uitoefenen op de toepassing door de AIVD van bijzondere bevoegdheden. Dat onafhankelijke orgaan moet beschikken over de mogelijkheid potentieel onrechtmatige situaties te voorkomen en onrechtmatige situaties te beëindigen.
- De wijze waarop de huidige WIV 2002 wordt toegepast laat toe dat zonder enige voorafgaande onafhankelijke controle vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en zijn cliënt ter kennis komt en blijft van de overheid. Dat druist in tegen het rechtstatelijk karakter van de Nederlandse samenleving en is naar de mening van de ACS in strijd met het EVRM. De ACS beveelt met klem aan dat een specifieke regeling met betrekking tot onafhankelijke, rechterlijke controle wordt ingevoerd waardoor wordt gewaarborgd dat directe onderschepping van verschoningsgerechtigde informatie wordt voorkomen en dat ongewild verkregen 'bijvangst' niet ter kennis komt van de overheid, maar wordt vernietigd. Alleen op deze wijze wordt ernstige afbreuk aan de Nederlandse rechtsstaat voorkomen. Andere landen kennen een dergelijke controle al.
- Alle toepassingen van bijzondere bevoegdheden door AIVD of MIVD die (kunnen) leiden tot het direct kennis nemen door de overheid van vertrouwelijke communicatie tussen de advocaat en zijn cliënt dienen voorafgaand door een onafhankelijke rechter te worden getoetst. Het systeem van nummerherkenning dient ook te worden toegepast op AIVD en MIVD taps zodat 'bijvangst' van communicatie tussen advocaat en cliënt wordt voorkomen.
- Vertrouwelijke communicatie tussen de advocaat en zijn cliënt die de AIVD of de MIVD desondanks (indirect) verkrijgt dient, zonder kennisgeving door die diensten, te worden voorgelegd aan een toetsingsorgaan dat eenzelfde geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht heeft en toetst of de advocaat in kwestie ontoelaatbaar heeft gehandeld. Alleen in het laatste geval wordt de betreffende informatie alsnog in handen van de overheid gegeven. Doet dit geval zich niet voor dan wordt de betreffende informatie alsnog vernietigd.
- De ACS beveelt aan de burger een volwaardig recht tot effectieve correctie van onjuiste registraties te geven.

Inleiding

Taak en werkgebied van de AIVD¹ hebben vooral betrekking op het verkrijgen, onderscheppen, of anderszins verzamelen, het bewaren, verstrekken, vergelijken, analyseren of anderszins verwerken van informatie (in de ruimste zin van het woord) die van belang kan zijn voor de nationale veiligheid. Een dergelijke taakstelling botst vroeg of laat met een aantal grondrechten

¹ Waar in dit advies wordt gesproken over de AIVD wordt ook diens militaire evenknie, de MIVD, bedoeld.

(recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, bescherming van het huisrecht, bescherming van het briefgeheim).

Waar grondrechten dreigen te (moeten) worden beperkt is het in een rechtsstaat vanzelfsprekend dat de gevallen waarin dat, noodzakelijkerwijs, wordt toegestaan duidelijk in een wet worden vast gelegd en even duidelijk worden begrensd teneinde te voorkomen dat de grondwettelijke regel in de praktijk een uitzondering wordt. Even vanzelfsprekend is het in een rechtsstaat dat aan bevoegdheden die een beperking van grondrechten tot gevolg kunnen hebben een systeem van toezicht wordt gekoppeld dat effectief onnodige beperkingen kan voorkomen en even effectief kan controleren dat die overheid dergelijke vergaande bevoegdheden op juiste wijze toepast. Onnodige beperking van grondrechten van de burger ten opzichte van de overheid dient immers te allen tijde te worden voorkomen.

Beginnelsen als noodzakelijkheid, doelbinding, proportionaliteit en subsidiariteit spelen bij het toewijzen van bevoegdheden, maar vooral bij de uitoefening daarvan een grote rol. Dat zijn open normen die door de betreffende overheidsfunctionarissen welhaast per definitie ruimer zullen worden geïnterpreteerd en toegepast dan de wetgever bedoeld heeft. Effectieve controle daarop dient in een rechtsstaat dan ook *onafhankelijke* controle te zijn.

De aard van de AIVD werkzaamheden brengt mee dat een groot deel van die werkzaamheden - alsmede de resultaten daarvan - in de ogen van de AIVD vertrouwelijk moet blijven omdat het prijsgeven van die informatie op zich ook een bedreiging van de nationale veiligheid zou zijn. In feite is sprake van een ondoorzichtige 'black box' waarbinnen vergaande bevoegdheden worden uitgeoefend zonder de gebruikelijke transparante controle op de uitoefening van die bevoegdheden ten gevolge waarvan de Staat belangrijke grondrechten van de burger wilens en wetens schendt (ten gunste van in de ogen van de Staat zwaarwegender belangen).

We hebben hier dus te maken met de klassieke situatie waarin een grote overheid (privé)rechten van een enkele individuele burger schendt waarbij de wijze waarop die schending plaats vindt bovendien 'geheim', 'schimmig' en in ieder geval niet transparant is. Het is juist deze klassieke situatie die aanleiding is geweest om tegenover dergelijke vergaande bevoegdheden een effectief systeem van checks and balances in het leven te roepen zodat de rechten van de burger tenminste niet onnodig worden geschonden.

Checks and Balances nu onvoldoende

Het systeem van checks and balances in de huidige WIV 2002 bestaat uit de volgende componenten. Voor het gebruik van (vergaande) bevoegdheden is toestemming vooraf nodig van de Minister. De Minister informeert de Tweede Kamer en over vertrouwelijke zaken informeert hij de Commissie voor de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten ("CIVD") van de Tweede Kamer. De CIVD zelf is tot strikte geheimhouding verplicht. *"Zo wordt informatie die zicht geeft op het actuele kennisniveau van de diensten en door de diensten aangewende middelen in concrete aangelegenheden sinds jaar en dag (uitsluitend) met de CIVD gedeeld."*² Langs deze weg vindt controle van het parlement plaats.

De Tweede kamer heeft voorts invloed doordat zij een bindende³ voordracht doet voor de leden van de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten ("CTIVD"). De CTIVD is onafhankelijk en gespecialiseerd. Zij oefent rechtmatigheidstoezicht uit, maar alleen achteraf.

² MvT op wetsvoorstel WIV 2015, p. 152; artikel 8 lid 4 WIV 2002.

³ In feite slechts beperkt bindend want als het kabinet de voorgedragen kandidaten niet geschikt vindt, vraagt zij de Kamer om een nieuwe voordracht te doen.

Een ieder die betrokken is bij de uitvoering van de WIV 2002 is verplicht om inlichtingen te verstrekken aan deze commissie en de commissie kan getuigen en deskundigen voor zich laten verschijnen om verklaringen af te leggen.⁴ Aanbevelingen van de CTIVD zijn echter niet bindend. Daarnaast heeft de CTIVD een klachtadviesfunctie in (bestuursrechtelijke) klachtprocedures. Klachten kunnen ook aan de Nationale Ombudsman worden voorgelegd, maar dat gebeurt in de praktijk zelden.

De Algemene Rekenkamer is belast met (financiële) rechtmatigheids- en doelmatigheidscontrole.

Het huidige controle systeem brengt mee dat de Minister een oordeel van de CITVD dat de uitoefening van een bijzondere bevoegdheid, hetzij in het algemeen, hetzij in een individueel geval, onrechtmatig is naast zich neer kan leggen. De AIVD kan de uitoefening van zo'n bevoegdheid in dat geval gewoon voortzetten. Dat gebeurt in de praktijk ook. Is dat de effectieve controle die in een rechtsstaat gewenst is?

Evaluatiecommissie Dessens

Nee, antwoordde de Evaluatiecommissie ("Commissie Dessens") die de uitvoering van de WIV 2002 evalueerde en in 2013 rapporteerde. Volgens de Commissie heeft *de governance ten aanzien van de AIVD versterking omdat een versterking van de governance bij [draagt] aan de rechtsstatelijke waarborgen in het stelsel van sturing en toezicht op de I&V-diensten.*⁵

De Commissie Dessens acht het toezicht op de inzet van bijzondere bevoegdheden⁶ onvoldoende en beveelt, teneinde het toezicht 'EVRM-proof' te doen zijn, aan *"om het toezicht achteraf te versterken. In de visie van de evaluatiecommissie zal verstevigd toezicht (achteraf), gecombineerd met beter vormgegeven sturing (vooraf) en andere toestemmingsvereisten resulteren in een betere samenhang van waarborgen bij de inzet van bijzondere bevoegdheden. De evaluatiecommissie beveelt daarbij aan om de rechtmatigheidsoordelen van de CTIVD een juridisch bindende kracht te geven. De evaluatiecommissie vindt dat het bindend rechtmatigheidsoordeel van de CTIVD moet zien op alle bijzondere bevoegdheden. De evaluatiecommissie acht het namelijk niet wenselijk dat de Wiv de mogelijkheid openlaat dat ministers een dergelijk rechtmatigheidsoordeel van de CTIVD naast zich neer leggen. Als de CTIVD tot de conclusie komt dat een afgegeven last onrechtmatig is, moet de dienst de uitvoering van deze bijzondere bevoegdheid, voor zover deze op dat moment al is aangevangen, direct staken."*⁷

Voorts acht de Commissie Dessens invoering van een correctierecht geboden: *"De evaluatiecommissie beveelt verder aan om in hoofdstuk 4 van de Wiv te expliciteren dat degene die kennis heeft genomen van gegevens kan verzoeken om eventuele fouten daarin te laten herstellen, de gegevens te laten aanvullen, of te laten vernietigen."*⁸

Het wetsvoorstel neemt belangrijke aanbevelingen Commissie Dessens niet over

De aanbeveling om de CTIVD een bindend rechtmatigheidsoordeel te geven wordt niet overgenomen omdat het kabinet van mening is dat de ministers volledig verantwoordelijk (moeten)

⁴ Maar om die medewerking te kunnen verlenen en/of te kunnen getuigen hebben zij die bij de uitvoering van de WIV 2002 betrokken zijn wel de voorafgaande toestemming van de Minister nodig om hun geheimhoudingsplicht te kunnen schenden.

⁵ Rapport Commissie Dessens, p. 169.

⁶ Zoals het betreden van een woning zonder dat de bewoner dit weet, of het afluisteren van een telefoon (artikel 20 WIV 2002 en 25 wetsvoorstel).

⁷ Rapport Commissie Dessens, p. 173.

⁸ Rapport Commissie Dessens, p. 175.

blijven voor de operationele activiteiten van de diensten en daarvoor ook ten volle verantwoording afleggen aan de beide Kamers der Staten-Generaal.

"Dit uitgangspunt brengt met zich dat aan de CTIVD niet de bevoegdheid is verleend om bindende besluiten te nemen ten aanzien van het opereren van de diensten. Mocht de CTIVD tijdens haar werkzaamheden op iets stuiten waarvan zij van mening is dat dit dient te stoppen dan kan zij de betreffende minister daarvan op de hoogte stellen. Het is vervolgens aan de minister om een besluit te nemen en daarover verantwoording af te leggen."

Aldus de Memorie van Toelichting.⁹

Deze redenering ontgaat de ACS volledig. Niet valt in te zien waarom er - naast parlementaire controle - niet ook onafhankelijke niet-politieke controle zou kunnen zijn. Dit klemmt temeer nu de Minister geen toetsing vooraf toestaat en aan toetsing achteraf geen bindend karakter wil geven. Als compensatie en "om het stelsel EVRM-proof te doen zijn"¹⁰ stellen de ministers voor om ter versterking van het toezicht op het verlenen van toestemming tot toepassing van bijzondere bevoegdheden in de wet vast te leggen dat de minister verplicht is zijn mening te heroverwegen:

"Dit houdt in dat als de CTIVD van oordeel is dat een door de minister verleende toestemming voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid onrechtmatig is, de minister deze verplicht is opnieuw te bezien."¹¹

De ACS constateert dat ook het kabinet hier erkent dat het huidige controle systeem niet EVRM proof is, maar constateert tegelijkertijd dat de geboden 'oplossing' niet meer dan een sigaar uit eigen doos is. Het is immers volstrekt vanzelfsprekend - dat zou het in ieder geval moeten zijn - dat een minister naar aanleiding van een onrechtmatigheidsoordeel van een onafhankelijke commissie van toezicht zich serieus afvraagt of hij zijn eerdere, inmiddels als onrechtmatig gekwalificeerde, standpunt nog wel kan handhaven. Uit dit standpunt van het kabinet kan de ACS niet anders afleiden dan dat *effectieve onafhankelijke* controle zo veel mogelijk buiten de deur wordt gehouden.

Ook wordt geen volledig correctierecht toegekend. Degene die na inzage van door de AIVD geregistreerde gegevens tot de conclusie komt dat die registratie (geheel of gedeeltelijk) onjuist is kan daarover een verklaring insturen, die bij de geregistreerde gegevens moet worden bewaard. Deze oplossing is sympathiek in gevallen waarin niet onmiskenbaar kan worden vast gesteld dat de registratie onjuist is, maar toont ook een principiële onwil om eventuele gemaakte fouten gewoon te erkennen en daarmee het rechtsstatelijk karakter van de regeling te vergroten.

Beginselen bij toezicht op inlichtingendiensten

Het in het wetsvoorstel gepresenteerde systeem van toezicht voldoet in meerdere opzichten niet aaneen effectief systeem van checks and balances. Het Instituut voor informatierecht ("IVIR") van de Universiteit van Amsterdam heeft na onderzoek tien beginselen beschreven waaraan toezicht op nationale veiligheidsdiensten zou moeten voldoen teneinde effectieve rechtstatelijke controle te

⁹ MvT, p. 157.

¹⁰ MvT, p. 158.

¹¹ MvT, p. 158; wetsvoorstel artikel 102.

kunnen waarborgen.¹² Na onderzoek van de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens ("EHRM") komt men onder meer tot de volgende uitgangspunten:

Het toezicht moet zowel parlementair als onafhankelijk en niet parlementair zijn. Het moet alle fasen van de uitoefening van de bevoegdheden omvatten: zowel vooraf, tijdens als na de uitoefening van de bijzondere bevoegdheden. Zowel op het verzamelen als het bewaren, het verwerken, het analyseren en het gebruik van de data dient effectief toezicht te worden uitgeoefend. Onafhankelijk toezicht betekent dat het betreffende orgaan niet verbonden is met de diensten zelf of de overheid. Omdat het risico op misbruik van bevoegdheden waarbij gebruik wordt gemaakt van nagenoeg ongelimiteerde technologieën groot is en dat misbruik al snel onomkeerbare consequenties voor de burger kan hebben, moet het toezicht vooraf gaan aan het concreet inzetten van bijzondere bevoegdheden. Het controlerend orgaan moet de bevoegdheid hebben onrechtmatigheden te voorkomen respectievelijk te stoppen. Ondanks het geheime karakter van de activiteiten dient er toch een vorm van toezicht op tegenspraak te zijn, desnoods door in de procedure een speciale, onafhankelijke belangenbehartiger in te bouwen, die een oordeel heeft vanuit het perspectief van het rechtstatelijk belang en/of het belang van betrokken burgers. Het toezicht moet voldoende secretariële ondersteuning hebben om haar taken effectief te kunnen uitoefenen. Het gebruik van bijzondere bevoegdheden moet direct aan de toezichthouder, het parlement en zo spoedig mogelijk aan de betrokken burger worden gemeld. Entiteiten die door de diensten worden ingeschakeld om informatie te verkrijgen moeten de mogelijkheid hebben dit publiekelijk bekend te maken.

EHRM

Ook het EVRM acht het recht op privacy niet absoluut. Inbreuken, bijvoorbeeld ten behoeve van de nationale veiligheid, zijn toelaatbaar, maar gewaakt moet worden voor elke vorm van onnodige inbreuk. Het EHRM ziet het enkele bestaan van wetgeving die het beperken van privacy rechten toestaat al als een inmenging van de overheid in het privé leven, ten aanzien waarvan adequate en effectieve maatregelen tegen inbreuk noodzakelijk zijn. Inbreuk op het privéleven is alleen toegestaan indien dit *strikt* noodzakelijk is.¹³ Op een terrein waar misbruik van bevoegdheden in individuele gevallen in potentie zo gemakkelijk is en schadelijke consequenties voor de maatschappij kan hebben, heeft het EHRM voorkeur voor een onafhankelijke rechter als controle instantie omdat daarmee onafhankelijkheid, onpartijdigheid en een adequate procedure het best gediend zijn. Controle door een ander orgaan dan een rechter wordt niet uitgesloten, mits daardoor equivalente waarborgen kunnen worden gegeven.¹⁴ Dit laatste is bij de huidige CTIVD en in het wetsvoorstel niet het geval omdat deze niet de mogelijkheid heeft om onrechtmatigheden te voorkomen en te stoppen.¹⁵

Zelfs wanneer de nationale veiligheid in het geding is moet er een mogelijkheid zijn om de stelling van de overheid dat de nationale veiligheid gevaar loopt, en de bevoegdheden dus terecht zijn ingezet, effectief kunnen worden tegengesproken.¹⁶

¹² Ten Standards for Oversight and Transparency of National Intelligence Services, Institute for Information Law, University of Amsterdam, www.ivir.nl.

¹³ Klass c.a.vs. Duitsland (EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71), par. 41, 42.

¹⁴ Klass c.a. vs. Duitsland (EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71), par. 55; Kennedy vs VK (EHRM 18 mei 2010, nr. 26839/05) par. 167-169, Iordachi c.a. vs. Moldavië (EHRM 10 februari 2009, nr. 25198/02), par 40.

¹⁵ Deze enkele omstandigheid lijkt voor het EHRM al tot een onacceptabele situatie te leiden: Dumitru Popescu vs. Roemenië (EHRM, 26 april 2007, nr. 49234/99 en 71525/01), par. 77; Association "21 december 1989" c.a. vs. Roemenië (EHRM 24 mei 2011, nr. 33810/07), par. 120; Klass c.a. vs. Duitsland (EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71), par. 21, 53, 56; en S. and Marper vs. VK (EHRM 4 december 2008, nr. 30562/04 en 30566/04), par. 119.

¹⁶ Al-Nashif vs. Bulgarije (EHRM 20 juni 2002, nr. 50963/99), par. 123.

"Onafhankelijk" betekent dat de controle volledig vrij en zonder enige druk of instructie kan plaats vinden, aldus het Hof van Justitie.¹⁷ Het EHRM benadrukt het belang van onafhankelijk toezicht bij het binnenhalen van data.¹⁸ Dat impliceert dus *voorafgaand* toezicht.

Over de vraag of het huidige toezicht voldoende onafhankelijk is valt dus nog wel te discussiëren. Dat lijkt niet het geval bij de vraag of onafhankelijke controle mee brengt dat de toezichthouder ook de mogelijkheid moet hebben onrechtmatige situaties te voorkomen c.q. te beëindigen. Het antwoord daarop is ronduit bevestigend.

De ACS moet dan ook concluderen dat het in het wetsvoorstel gepresenteerde systeem van toezicht niet aan de minimale eisen voor controle van inlichtingendiensten voldoet doordat geen controle vooraf mogelijk wordt gemaakt en doordat het controle orgaan niet de bevoegdheid heeft onrechtmatige situaties te voorkomen c.q. te stoppen, waardoor het niet meer dan een papieren tijger is. Dit knaagt aan het karakter van een rechtsstaat, te meer omdat door dit falende systeem ook onnodige inbreuken worden gemaakt op een andere hoeksteen van een rechtsstaat, namelijk de waarborging van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen een advocaat en zijn cliënt.

Het onderscheppen van verschoningsgerechtelijke informatie

Juist in de afgelopen maanden is gebleken dat de AIVD ook communicatie tussen advocaten en hun cliënten onderschept, de betreffende vertrouwelijke informatie verwerkt en (soms) doorgeeft aan het openbaar ministerie. Het verschoningsrecht wordt daarmee door de overheid bewust geschonden zonder enige onafhankelijke controle vooraf, laat staan dat sprake is van *rechterlijke* controle vooraf. Dit is een volstrekte breuk met de door de Hoge Raad zorgvuldig opgestelde regels waaraan voldaan moet zijn om het openbaar ministerie in strafzaken toe te staan een inbreuk op het verschoningsrecht te maken. Deze vaste jurisprudentie van de Hoge Raad houdt rekening met het gegeven dat direct al sprake is van een onomkeerbare inbreuk op de vertrouwelijkheid zodra een derde zonder toestemming van de advocaat inzage heeft gekregen in verschoningsgerechtigde informatie. Volgens deze regels bepaalt daarom de advocaat in eerste instantie of het gevraagde materiaal onder zijn verschoningsrecht valt. De deken van de Orde van Advocaten neemt daarin eveneens een standpunt in. Dat standpunt moet door de overheid worden eerbiedigd tenzij dat standpunt redelijkerwijs niet juist *kan* zijn. Zijn partijen het hier niet over eens, dan beslist de rechter in een klaagschrift procedure. Zolang de rechter niet onherroepelijk heeft beslist blijft de informatie in een verzegelde enveloppe. Het verschoningsrecht kan in dit systeem alleen worden doorbroken in gevallen waarbij er aanwijzingen zijn dat de advocaat zelf betrokken is bij strafbare feiten in samenwerking met zijn cliënt waardoor sprake is van misbruik van het verschoningsrecht.

Teneinde de vertrouwelijke informatie met een advocaat te beschermen tegen 'bijvangst' bij het tappen van nummers van verdachten, is sinds een aantal jaren het systeem van nummerherkenning ingevoerd. Als het openbaar ministerie bij de uitvoering van een tap op een telefoonnummer van een advocaat stuit, dan herkent het systeem dat nummer en wordt het gesprek niet opgenomen. Dit systeem is ingevoerd omdat het openbaar ministerie in de praktijk niet in staat bleek te garanderen dat in taps (op nummers van verdachte personen) opgevangen gesprekken met advocaten werden verwijderd en niet werden uitgewerkt met als gevolg dat de vertrouwelijkheid van communicatie met een advocaat niet kon worden gewaarborgd.

¹⁷ Commissie vs. Duitsland (Hof van Justitie 9 maart 2010, nr. C-518/07), par 18.

¹⁸ M.M. vs. VK (EHRM 13 november 2012, nr. 24029/07), par. 206.

Belang vertrouwelijkheid advocaten communicatie in een rechtstaat

Dat de Hoge Raad de borging van vertrouwelijke communicatie op deze manier (rechterlijke controle vóórdát de overheid in uitzonderingsgevallen eventueel over de informatie komt te beschikken) heeft ingericht heeft te maken met het bijzondere rechtstatelijke karakter van verschoningsgerechtigde informatie. Aan een rechtsstaat is inherent dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking tot een advocaat moet kunnen wenden, zowel voor juridisch advies (het bepalen van zijn rechtspositie) als voor het voeren van een procedure. In beide gevallen worden aangelegenheden van dermate persoonlijke aard besproken dat - onder andere - de overheid daarmee niets te maken mag hebben. Daarom hebben de betreffende vertrouwenspersonen een beroepsgeheim met bijbehorende geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht.

Het beroepsgeheim van de advocaat volgt uit zijn functie van raadsman en bijstandsverlener in rechte. Eenieder moet er op kunnen vertrouwen dat zijn rechtspositie niet zal worden aangetast doordat hij zich tot een advocaat wendt. Client en advocaat moeten er op kunnen rekenen dat niemand anders kennis zal nemen van hun gedachtenwisseling. Het is dan ook een rechtstatelijk uitgangspunt dat alle communicatie tussen cliënt en advocaat vertrouwelijk is en blijft. Dit is onder meer vast gelegd in artikel 4 van de EU Richtlijn (2013/48/EU)¹⁹, dat betrekking heeft op strafprocedures.

Hieruit volgt dat uitzonderingen op dat beginsel uitsluitend toelaatbaar zijn indien deze bij wet zijn voorzien en noodzakelijk in het belang van (bijvoorbeeld) de nationale veiligheid. Bovendien volgt uit het rechtstatelijk beginsel van machtenscheiding dat *voorafgaande* controle op de toepassing van zulke uitzonderingen nodig is, onafhankelijk van het orgaan dat tot die toepassing besluit. Anders zou onvoldoende waarborg tegen misbruik van de bevoegdheden bestaan en daarmee hoe dan ook een zeker 'chilling effect' op het vertrouwen dat op het beroepsgeheim van advocaten geen onterechte inbreuken worden gemaakt.

Waarborging vertrouwelijkheid bij huidige WIV 2002 en bij wetsvoorstel onvoldoende

Van een vergelijkbaar zorgvuldig systeem als door de Hoge Raad is ontwikkeld en dat ervoor waakt dat vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en zijn cliënt niet ter kennis van de overheid komt is noch bij de huidige WIV noch bij het wetsvoorstel enige sprake. Er is immers niet voorzien in voorafgaande onafhankelijke controle en het toezichtsorgaan is niet bij machte onrechtmatige onderscheppingen van vertrouwelijke informatie te voorkomen of te beëindigen. En aan de advocaat in kwestie wordt - geheel anders dan in het door de Hoge Raad opgetuigde systeem - door de AIVD helemaal niets gevraagd. Integendeel, de AIVD doet zijn best om de advocaat geheel in het ongewisse te laten over het feit dat de overheid beschikt over de vertrouwelijke communicatie. Sterker nog, uit een recent aan de civiele rechter voorgelegde casus blijkt dat het bestaande onafhankelijke toezicht op het onderscheppen van verschoningsgerechtigde informatie door de AIVD en de Minister werd genegeerd. Het huidige toezicht heeft geen enkele effectieve werking. In de periode september 2012 - augustus 2013 constateerde de CTIVD dat bij twee AIVD operaties sprake was van het uitwerken van gesprekken met verschoningsgerechtigden. Zij is van oordeel dat dit

¹⁹ "De lidstaten eerbiedigen het vertrouwelijke karakter van de communicatie tussen de verdachten of beklaagden en hun advocaat bij de uitoefening van het recht op toegang tot een advocaat op grond van deze richtlijn. Die communicatie omvat ontmoetingen, briefwisseling, telefoongesprekken en elke andere vorm van communicatie die krachtens het nationale recht is toegestaan." De geheimhoudingsplicht is in Nederland vastgelegd in artikel 10a lid 1 sub e en 11a Advocatenwet en in de Gedragsregels voor advocaten (regel 6). Schending van de geheimhoudingsplicht is strafbaar op grond van artikel 272 wetboek van strafrecht. Het ter handhaving van de geheimhoudingsplicht benodigde verschoningsrecht ligt vast in artikel 218 wetboek van strafvordering en artikel 165 lid 2 sub b wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

uitwerken in beide gevallen niet proportioneel was (niet nodig dus) en daarmee onrechtmatig. In een van deze gevallen constateert de CTIVD dat de AIVD er *bewust* op gericht was kennis te nemen van de verschoningsgerechtigde gesprekken (de AIVD zocht dus bewust naar deze 'bijvangst', waardoor van echte 'bijvangst' geen sprake meer is.²⁰ De opmerkingen van de CTIVD hebben er niet toe geleid dat het uitwerken van vertrouwelijke gesprekken werd gestaakt. Aan een situatie die door een onafhankelijke, gespecialiseerde commissie als onrechtmatig werd gekwalificeerd, kwam desondanks geen einde.

De civiele rechter moest er aan te pas komen om te voorkomen dat deze evident onrechtmatige situatie zonder meer zou worden voortgezet. Maar de rechter kon natuurlijk niet meer voorkomen dat vertrouwelijke informatie bij de overheid terecht kwam want dat was al geschied en is onomkeerbaar. In een door een advocatenkantoor en de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten aangespannen voorlopige voorzieningen procedure oordeelde de rechtbank Den Haag op 1 juli 2015 dat de Staat:

- (1) het (direct en indirect) tappen, ontvangen, opnemen, afluisteren en uitwerken van elke vorm van communicatie van en met advocaten te staken en gestaakt te houden,
- (2) ter bescherming van het verschoningsrecht van advocaten een onafhankelijk orgaan in het leven moet roepen dat in ieder geval de bevoegdheid heeft om de uitoefening van bijzondere bevoegdheden te voorkomen of te beëindigen (bindend dus) en
- (3) uit de inzet van bijzondere bevoegdheden verkregen verschoningsgerechtigde informatie, zonder dat een voorafgaande onafhankelijke toets met betrekking tot de rechtmatigheid heeft plaats gevonden, niet meer aan het openbaar ministerie mag verstrekken.²¹

Onafhankelijk voorafgaand rechterlijk toezicht is nodig in een rechtsstaat

De ACS pleit er dan ook voor dat specifieke maatregelen worden genomen om via de wet te waarborgen dat sprake is van effectieve, voorafgaande controle op elke (toepassing van een) bevoegdheid van de AIVD welke mee kan brengen dat vertrouwelijke communicatie van een advocaat, direct of indirect, bewust of onbewust, bijvangst of hoofdvangst ter kennis van de AIVD komt. Die controle moet worden uitgeoefend door een onafhankelijk orgaan dat geen binding heeft met (een onderdeel van) het ministerie en in staat is tot een onpartijdig oordeel. Dat controlerend orgaan dient bovendien de effectieve mogelijkheid te hebben om potentieel onrechtmatige situaties en situaties waarbij niet voldaan wordt aan noodzakelijkheid, doelbinding, proportionaliteit of subsidiariteit te voorkomen, te (doen) staken en gestaakt te houden. Zijn oordelen zijn dus bindend.

Gelet op de eisen die aan een dergelijk controlerend orgaan gesteld moeten worden komt al gauw de onafhankelijke rechter in beeld. En waarom ook niet? Opvallend is dat de rechter in het wetsvoorstel al in twee gevallen een rol speelt. Het zonder toestemming van betrokkenen openen van brieven is slechts mogelijk nadat de rechtbank Den Haag daartoe een voorafgaande last heeft gegeven.²² En de uitoefening van bijzondere bevoegdheden jegens een journalist, waarbij die uitoefening gericht is op het achterhalen van de bron van de journalist, is slechts toegestaan na voorafgaande toestemming van de rechtbank Den Haag.²³

²⁰ CTIVD Toezichtsrapport (nr. 40) inzake de inzet van de afluisterbevoegdheid tot de selectie van sigint door de AIVD. September 2012-augustus 2013, gepubliceerd op 6 augustus 2014 en aangehaald in de uitspraak van de rechtbank Den Haag d.d. 1 juli 2015.

²¹ Rechtbank Den Haag 1 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7436.

²² Artikel 29 van het wetsvoorstel.

²³ Artikel 24 lid 4 van het wetsvoorstel.

Het ligt daarom voor de hand de onafhankelijke, voorafgaande controle en bevoegdheden om onrechtmatige situaties te voorkomen en te beëindigen in handen te leggen van een, eventueel te specialiseren, rechter. Om kennismaking door de AIVD van bijvangst te voorkomen zou overwogen kunnen worden het systeem van nummerherkenning ook toe te passen op AIVD tapgesprekken. Met betrekking tot de toetsing van 'bijvangst' kan gedacht worden aan interventie van een onafhankelijk toezichtsorgaan van de Orde zelf waarbij alleen deze toezichthouder de inhoud van die communicatie verneemt en - zo nodig - selecteert. Constateert deze toezichthouder dat sprake is van ontoelaatbare betrokkenheid van de advocaat waardoor sprake is van misbruik van het verschoningsrecht, dan kan het de betreffende onderdelen van de communicatie selecteren. Een specifieke regeling voor verschoningsgerechtigde informatie is niet alleen wenselijk, maar ook nodig om redenen die door de rechtbank Den Haag in haar uitspraak als volgt worden omschreven²⁴:

"(...) inbreuk op het verschoningsrecht van zowel journalisten als advocaten [heeft] ernstige gevolgen voor de beginselen van de democratische rechtsstaat. De enkele mogelijkheid van inbreuken op het verschoningsrecht van advocaten raakt aan de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en hun cliënten en daarmee aan het recht op een effectieve verdediging en de toegankelijkheid van advocaten. Daarmee is deze inbreuk in zekere zin ook onomkeerbaar. Gelet op de grote gevolgen van (mogelijke) inbreuken op het verschoningsrecht van advocaten en nu misbruik in individuele gevallen potentieel gemakkelijk is, is de voorzieningenrechter van oordeel dat, overeenkomstig de overwegingen van het EHRM in § 98 van de Telegraafzaak²⁵, het zeer wenselijk ('desirable') is dat er onafhankelijk toezicht is op de uitoefening van de bijzondere bevoegdheden, waarbij het toezichthoudende orgaan onder meer de bevoegdheid moet hebben om de uitoefening van die bijzondere bevoegdheden tegen te gaan of te beëindigen.

In zijn schriftelijke reactie aan de Kamer op de uitspraak van de rechtbank Den Haag heeft de minister inmiddels laten weten dat *"het kabinet wil voorzien in een vorm van onafhankelijke toetsing bij het tappen van advocaten."*²⁶ Of hij daarbij voorafgaande toetsing van een onafhankelijke rechter in gedachten heeft is niet duidelijk.

De ACS beveelt aan dat die toetsing zowel het directe als het indirecte tappen van advocatengesprekken zal omvatten en neemt aan dat de Orde van Advocaten gelegenheid krijgt input hierop te geven. Gelet (1) op het bijzondere karakter van verschoningsgerechtigde informatie, (2) op de waarde van een volledige bescherming daarvan in een rechtsstaat en (3) op het feit dat het wetsvoorstel al een rol geeft aan de onafhankelijke rechter bij het briefgeheim en bij de bronbescherming van journalisten, zou het naar de mening van de ACS ronduit onverstandig en onbegrijpelijk zijn als deze controlefunctie niet in handen van de onafhankelijke rechter zou worden gelegd. De ACS voelt zich hierin gesteund door het Europese Hof, die het in een zaak tegen Nederland²⁷ als volgt formuleerde:

²⁴ Zie ook de brief van 26 mei 2015 van het Nederlandse Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) aan de rechtbank waarin een overzicht wordt gegeven van de jurisprudentie van het EHRM en de voorstellen van de Orde voor een onafhankelijke, voorafgaande toetsing ter waarborging van de vertrouwelijkheid van advocaat - cliënt communicatie wordt gesteund.

²⁵ Paragraaf 98: The Court has indicated, when reviewing legislation governing secret surveillance in the light of Article 8, that in a field where abuse is potentially so easy in individual cases and could have such harmful consequences for democratic society as a whole, it is in principle desirable to entrust supervisory control to a judge (see *Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978, § 56, Series A no. 28, and *Kennedy*, cited above, § 167). Daarnaast kan ook nog gewezen worden op de EHRM uitspraak inzake *Aalmoes c.a. vs. Nederland* (EHRM 25 november 2004, nr. 16169/02).

²⁶ Rechtbank Den Haag 1 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7436, r.o. 4.10.

²⁷ *Aalmoes and others vs The Netherlands*, 25 november 2004, 16269/02. Zie ook *De Telegraaf vs The Netherlands*, 22 november 2012, nr. 39315/06, par. 98 en *Kennedy vs UK*, EHRM 18 mei 2010, nr. 26839/05, par. 167.

"...the Court considers that it is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under conditions which favour full and uninhibited discussion. It is for this reason that the lawyer-client relationship is, in principle, privileged (see Foxley v. the United Kingdom, no. 33274/96, § 43, 20 June 2000). The suggestion that information conveyed by or to a lawyer in the latter's professional capacity is susceptible to interception, particularly by criminal investigation authorities who may have a direct interest in obtaining such information, is not in keeping with the principles of confidentiality and professional privilege attaching to relations between a lawyer and his or her clients. It is for this reason that, in principle, lawyers have in their professional contacts with clients a reasonable expectation of protection and respect for their professional privacy.

In order to secure respect for this reasonable expectation, it is therefore required that the interception of telecommunications be subject to an adequate system of supervision. In this area, faced with evolving and sophisticated technology and the possibility of human error or abuse, the Court considers that it is in principle desirable to entrust the supervisory control to a judge."

Deze zaak ging over indirect tappen ten gevolge van de uitoefening van *strafvorderlijke* bevoegdheden, niet over geheime inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Het EHRM onderkent dat opsporingsinstanties een direct belang kunnen hebben bij dergelijke informatie. Het EHRM onderkent voorts dat in de wereld van onderschepping van communicatie de technologie grote sprongen maakt, waardoor steeds meer onderschept kan worden, en onderkent dat menselijke fouten en misbruik door de overheid reëel zijn. Om al deze redenen acht het Hof controle door de rechter wenselijk. Dit moet dan temeer gelden voor onderscheppingen door de AIVD, simpelweg omdat de AIVD minder transparant is dan opsporingsinstanties. Deze omstandigheid pleit er te meer voor een onafhankelijke rechter in te schakelen bij het voorafgaande toezicht op het gebruik van bijzondere bevoegdheden waarbij vertrouwelijke advocaat - cliënt communicatie betrokken is. De Minister suggereert nog gebruik te maken van de mogelijkheid om vertrouwelijk materiaal van advocaten, dat ter kennis van de AIVD is gekomen, niet aan het OM ter beschikking te stellen zodat die informatie niet voor het bewijs in strafzaken kan worden gebruikt. Daarmee miskent de Minister echter het rechtsstatelijk karakter van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen de advocaat en zijn cliënt. Het enkele feit dat de mogelijkheid wordt geboden of in stand gelaten dát een overheidsfunctionaris, zoals een medewerker van de AIVD, door direct of indirect tappen kennis krijgt van die vertrouwelijke informatie doet al afbreuk aan de Nederlandse rechtsstaat. Om die reden is dit al niet toegestaan en moeten we het ook niet willen.

Bewijsuitsluiting neemt bovendien niet weg dát de vertrouwelijkheid van de communicatie al onomkeerbaar is geschonden op het moment dat de AIVD daarvan kennis krijgt. Juist om dit te kunnen voorkomen is - met betrekking tot communicatie welke langs strafvorderlijke weg ter kennis van de overheid is gekomen - ten aanzien van indirect tappen ('bijvangst') het systeem van nummerherkenning ingevoerd. Alleen langs deze weg is een inbreuk op die vertrouwelijkheid door de overheid te waarborgen.

De Minister suggereert voorts, of houdt het beeld in stand, dat het onder geen enkele omstandigheid kunnen kennis nemen van communicatie tussen de advocaat en de cliënt tot onaanvaardbare veiligheidsrisico's zou kunnen leiden. Deze stelling wordt geponeerd alsof de juistheid daarvan vanzelfsprekend is, maar dat is niet het geval. Niet valt in te zien dat communicatie tussen de advocaat en zijn cliënt tot onaanvaardbare veiligheidsrisico's leidt. De Minister licht de stelling nergens toe, laat staan dat hij deze stelling aannemelijk maakt.

Bovendien moet uitgangspunt zijn dat de overheid erop dient te vertrouwen dat advocaten hun communicatie met cliënten niet voor onrechtmatige doeleinden gebruiken. Daarvoor is alle reden: advocaten worden vóórdat zij worden beëdigd gescreend en staan onder disciplinair toezicht. Tegenover het privilege van de vertrouwelijkheid, dat zoals boven beschreven om rechtstatelijke redenen is verleend, staat immers ook de verantwoordelijkheid om daarmee zorgvuldig om te gaan. Ook dat is vast gelegd in de wet.²⁸ In een eventuele tuchtprocedure en bij een verzoek tot inlichtingen of een onderzoek van de deken is de advocaat verplicht alle benodigde inlichtingen te verstrekken en kan hij zich niet op zijn geheimhoudingsplicht beroepen²⁹. Langs deze weg kan getoetst worden of een advocaat op zorgvuldige wijze met zijn verschoningsrecht om gaat.

Bovendien moet worden bedacht dat de enkele mogelijkheid van misbruik, zelfs volgens de minimumwaarborgen van het EVRM, nog niet op weegt tegen de noodzaak de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt te beschermen³⁰. Anders zou die rechtstatelijke vertrouwelijkheid binnen de kortste keren worden uitgehold. Omdat vertrouwelijkheid een noodzaak is, heeft de overheid een positieve verplichting om er voor te zorgen dat die vertrouwelijkheid effectief gewaarborgd wordt. Dit wetsvoorstel biedt geen enkele waarborg voor die vertrouwelijkheid en doet daarom afbreuk aan de Nederlandse rechtsstaat.

Indien - in een geval dat sprake is van betrokkenheid bij ernstige strafbare feiten van de advocaat zelf - een controle mogelijkheid al noodzakelijk zou worden geacht, dan dient zo'n controle te geschieden op een wijze welke garandeert dat door die controle de overheid niet alsnog op de hoogte raakt van individuele vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en zijn cliënt. Gedacht kan dan worden aan een vorm van tussenkomst door een onafhankelijk toezichtsorgaan van de Orde zelf waarbij alleen deze toezichthouder de inhoud van die communicatie verneemt en - zo nodig - selecteert. Constateert deze toezichthouder dat sprake is van bedoelde betrokkenheid van de advocaat waardoor sprake is van misbruik van het verschoningsrecht, dan kan het de betreffende onderdelen van de communicatie selecteren.

Alleen door een dergelijk stelsel van checks and balances kan worden voorkomen dat burgers - zoals bij aanvaarding van het wetsvoorstel het geval zou zijn - *te allen tijde* hebben te vrezen dat zij door de AIVD of de MIVD kunnen worden afgeluisterd wanneer zij communiceren met een advocaat. Die vrees en het 'chilling effect' daarvan zou de rechtsstaat ernstige schade berokkenen. Het is minst genomen opmerkelijk dat een kabinet dat enerzijds Den Haag als juridische hoofdstad (verder) wil profileren anderzijds zo gemakzuchtig met deze vertrouwelijkheid om gaat. Met de mond wordt het belang van waarborging van de rechtsstaat met zijn checks and balances beleden, maar als het op zelf toepassen aankomt geeft het kabinet niet thuis.

De ACS constateert dat er bij verscheidene maatschappelijke organisaties substantiële kritiek bestaat over de wijze waarop de AIVD in de praktijk met persoonlijke gegevens van individuele burgers om gaat. Die kritiek is samen te vatten onder de noemer dat het wetsvoorstel de AIVD te veel en te vergaande bevoegdheden geeft om persoonsgegevens te verwerken zonder dat daartoe strikte noodzaak bestaat en zonder dat daarbij is voorzien in voldoende effectief en onafhankelijk toezicht. Niet tegemoet komen aan deze kritiek zal het aanzien van de AIVD nog verder verslechteren.

²⁸ De advocaat moet "onafhankelijk ten opzichte van zijn cliënt zijn (...) integer zijn en zich onthouden van enig handelen dat een behoorlijk advocaat niet betaamt" (artikel 10 lid 1 sub a en d Advocatenwet).

²⁹ Gedragsregel 37

³⁰ EHRM 25 maart 1992, Campbell vs UK, par. 52